

REVISTA DE DIREITO RENOVAR

P
R Dir Rem
n. 36
2006

Volume 36 — setembro/dezembro 2006

Publicação quadrimestral, de circulação nacional, da
Editora Renovar Ltda.

*Repositório autorizado de jurisprudência — Superior
Tribunal de Justiça — Portaria nº 3, de 12 de agosto
de 1996*

EXPEDIENTE

Diretores: Carlos Alberto Menezes Direito
e Luiz Fernando Palhares

Editora Renovar Ltda.

Diretor: Osmundo Lima Araújo

Conselho Editorial:

Arnaldo Lopes Sússekind — Presidente

Carlos Alberto Menezes Direito

Caio Tácito (*in memoriam*)

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.

Celso de Albuquerque Mello (*in memoriam*)

Ricardo Pereira Lira

Ricardo Lobo Torres

Vicente de Paulo Barretto

Revisão:

M^a Cristina Lopes

Severina Barbosa

Capa: Júlio Cesar Gomes

Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva
dos autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos
artigos desta revista, desde que seja citada a fonte.

Correspondência comercial:

Editora Renovar Ltda.

Matriz: Rua da Assembléia, 10 — sala 2.421 — Centro — Rio
de Janeiro — RJ — CEP 20.011-000 — Tel.: (21) 2531-2205
— Fax: (21) 2531-2135

Filial: Rua Antunes Maciel, 177 — São Cristóvão — Rio de
Janeiro — RJ — CEP 20.940-010 — Tels.: (21) 2589-1863,
2580-8596, 3860-6199 — Fax: (21) 2589-1962

Livraria: Rua da Assembléia, 10 — loja E — Rio de Janeiro — RJ
— Tels.: (21) 2531-1316, 2531-1338 — Fax: (21) 2531-2135

Livraria Ipanema: Rua Visconde de Pirajá, 273 — loja A —
Ipanema — Rio de Janeiro — RJ — CEP: 22.410-001

Filial São Paulo: Rua Santo Amaro, 257-A — Bela Vista — São
Paulo — SP — CEP 01.315-001 — Tels.: (11) 3104-9951,
3104-5849, 3101-2046, 3101-5885 — Fax: (11) 3105-0359

Filial PE: Rua Gervásio Pires, 545 — Boa Vista — Recife — PE —
CEP 50050-070 — Tel.: (81) 3223-4988 — Fax: (81) 3223-1176

www.editorarenovar.com.br renovar@editorarenovar.com.br

Serviço de Atendimento ao Cliente: 0800-221863

Editoração eletrônica: *TopTextos Edições Gráficas Ltda.*

Impressão: *Folha Carioca*



O processo coletivo no direito brasileiro: observações sobre a estrutura atual e as propostas de reforma

*Teori Albino Zavascki**

1. Introdução 2. Distinção, sob o ponto de vista do direito material, entre direitos transindividuais e direitos individuais homogêneos 3. Atuais instrumentos para tutela de direitos transindividuais 4. Atuais instrumentos para tutela coletiva de direitos individuais 5. Adaptação do processo às características naturais de cada espécie do direito material 6. Sugestões para as futuras reformas

1. Introdução

Em estudo doutrinário publicado em 1995 observamos, a propósito da experiência brasileira até então desenvolvida no âmbito do processo coletivo, o seguinte:

“Os últimos anos marcaram no Brasil período de importantes inovações legislativas a respeito dos chamados *direitos e interesses difusos e coletivos* e dos mecanismos de tutela coletiva de direitos, destacando-se: a Lei nº 7.347, de 24.7.85 (disciplinando a chamada *ação civil pública*), a Constituição de 1988 (alargando o âmbito da ação popular, criando o mandado de segurança coletivo e a legitimação do Ministério Público para promover ação civil pública e privilegiando a defesa do consumidor) e, finalmente, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.90, que, entre outras novidades, introduziu mecanismo de defesa coletiva para *direitos individuais homo-*

* Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

gêneos). A entusiástica utilização, que se seguiu, dos novos mecanismos processuais nem sempre se deu de modo apropriado, às vezes por inexperiência de seus operadores — o que é compreensível —, outras vezes por se imaginar, equivocadamente, que enfim se tinha em mãos o remédio para todos os males: para destravar a máquina judiciária e para salvar a sociedade de todas as agressões, do Governo e dos poderosos em geral. É muito salutar, por isso, o processo de revisão crítica que se vem sentindo nos últimos tempos no sentido de coibir exageros e assim não só preservar do descrédito, mas valorizar e aperfeiçoar esses importantes avanços no campo processual. É com esse mesmo propósito que se buscará aqui reflexão sobre tema que a experiência diária evidencia ser foco de boa parcela dos equívocos: a distinção entre os mecanismos processuais para a defesa de direitos coletivos e os mecanismos para defesa coletiva de direitos. Com efeito, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor introduziu mecanismo especial para defesa coletiva dos chamados *direitos individuais homogêneos*, categoria de direitos não raro confundida com os direitos coletivos e difusos e por isso mesmo lançada com eles em vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais de defesa em juízo. Porém, é preciso que não se confunda defesa de direitos coletivos (e difusos) com defesa coletiva de direitos (individuais).¹

Passados todos esses anos, aquelas observações continuam, em nosso entender, cada vez mais atuais. Ainda hoje os precedentes da jurisprudência e os trabalhos doutrinários evidenciam que, na origem das principais controvérsias em matéria de processo coletivo, está a falta de adequada distinção entre direitos coletivos (transindividuais) e direitos individuais tutelados coletivamente, acarretando, com isso, enormes dificuldades de interpretação e grandes confusões na aplicação dos instrumentos processuais para a respectiva tutela jurisdicional. Os textos legislativos contribuem significativamente para que isso ocorra, na medida em que não se preocupam em traçar balizas nítidas daquela indispensável diferenciação. Eis a razão pela qual o tema deve ganhar especial destaque nesse momento, quando a comunidade jurídica nacional debate a criação do Código de Processo Coletivo.

2. Distinção, sob o ponto de vista do direito material, entre direitos transindividuais e direitos individuais homogêneos

Processo, todos sabemos, é instrumento para efetivação do direito material. “Para que o processo alcance o máximo de eficácia”, escre-

1 ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, v. 32, nº 127, p. 83-96, jul./set. 1995.

veu Galeno Lacerda, “suas regras e rito devem adequar-se, simultaneamente, aos sujeitos, ao objeto e ao fim” a que se destina.² Como todo instrumento há de adaptar-se (a) ao sujeito que o maneja (“O cinzel do Aleijadinho, forçosamente, não se identificava com um cinzel comum”), (b) ao objeto sobre o qual atua (“Atuar sobre a madeira ou sobre pedra exige instrumental diverso e adequado”) e (c) ao fim almejado (“Trabalhar um bloco de granito para reduzi-lo a pedras de calçamento, ou para transformá-lo em obra de arte, reclama de igual modo adequada variedade de instrumentos”).³ É o enunciado sumário do princípio da adequação.

Se assim é, parece elementar que, na atividade de criação ou de reforma de instrumentos processuais, deve-se ter como principal preocupação a de amoldar tais instrumentos ao direito material a que buscam servir. Para direitos materiais sujeitos a diferentes formas de concretização devem ser disponibilizados meios também diferenciados. Por isso mesmo, a formatação do instrumento supõe prévia compreensão do direito material em benefício ele será empregado.

Compõem o universo de atuação do processo coletivo dois grandes domínios: o dos direitos coletivos *lato sensu* e o dos direitos individuais homogêneos. Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular determinado, razão pela qual são tutelados em juízo invariavelmente pelo regime de substituição processual) e materialmente *indivisíveis* (= são lesados ou satisfeitos necessariamente em sua globalidade, o que determina tutela jurisdicional também de forma conjunta e universalizada). Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais (= com titular determinado) e, portanto, materialmente *divisíveis* (= podem ser lesados ou satisfeitos por unidades isoladas), o que propicia a sua tutela jurisdicional tanto de modo coletivo (por regime de substituição processual) como individual (por regime de representação).

Sendo distintos e inconfundíveis os direitos coletivos *lato sensu* (= difusos e coletivos *stricto sensu*, ambos transindividuais) e os direitos individuais homogêneos, devem ser necessariamente distintos os mecanismos para a respectiva tutela jurisdicional. O direito positivo vigente permite estabelecer a seguinte e genérica discriminação: a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa constituem instrumentos típicos para tutela de direitos transindividuais (= coletivos *lato sensu*); e a ação civil coletiva e o mandado de segurança coletivo são instrumentos típicos para a tutela coletiva de direitos individuais.

2 LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 25.

3 LACERDA, Galeno. *Comentários...*, cit., p. 25.

3. Atuais instrumentos para tutela de direitos transindividuais

A ação civil pública, regulada fundamentalmente, pela Lei nº 7.347, de 1985, é o protótipo dos instrumentos destinados a tutelar direitos *transindividuais*. Trata-se de procedimento especial *de cognição completa e integral* e com múltipla aptidão, aparelhado de mecanismos para instrumentar demandas visando a obter, isolada ou cumulativamente, provimentos jurisdicionais da mais variada natureza: preventivos, condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais, meramente declaratórios, cautelares e antecipatórios. A legitimação ativa, *invariavelmente em regime de substituição processual*, é exercida por entidades e órgãos expressamente eleitos pelo legislador, entre os quais se destaca o Ministério Público, que tem nesse mister uma das suas funções institucionais. A sentença de mérito faz coisa julgada com eficácia subjetiva *erga omnes*, salvo se improcedente o pedido por insuficiência de prova. Em caso de procedência, a sentença produz, também, o *efeito secundário de tornar certa a obrigação do réu de indenizar os danos individuais* decorrentes do ilícito civil objeto da demanda. E a execução, promovida pelos mesmos legitimados do processo cognitivo, *também invariavelmente em regime de substituição processual*, segue o rito processual 'Comum, sendo que o eventual produto da condenação em dinheiro reverterá ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos', previsto na Lei nº 9.008, de 21/03/95, e no Decreto nº 1.306, de 09/11/94.

A ação popular, regulada pela Lei 4.717, de 29/06/65, visa, a teor da Constituição de 1988 (art. 5º, LXXIII), a anular atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Caracteriza-se por sua legitimação ativa, reservada a qualquer cidadão, que, em nome próprio, defende interesses da comunidade, consagrando assim, não apenas um importante predicado de cidadania, mas também uma inédita forma de tutela de interesses transindividuais por iniciativa particular. Guardadas as suas 'limitações', o objeto da ação popular se identifica, em muitos aspectos, com o da ação civil pública, nomeadamente no que se refere à proteção do patrimônio público e dos direitos e interesses difusos de natureza ecológica, histórica e cultural.

A ação de improbidade administrativa, prevista no art. 37, § 4º da Constituição e regulada pela Lei nº 8.429, de 02/06/92, visa a tutelar o direito transindividual dos cidadãos de ter um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas públicas. Sob esse aspecto, guarda identidade de propósito com a ação civil pública e a ação popular. Delas se diferencia, entretanto, pela peculiaridade do seu objeto imediato: a ação não se destina propriamente a *preservar* ou *recompor* o patrimônio público ou a higidez dos atos da Administração, mas sim, fundamentalmente, a *punir* os responsáveis por ilícito de improbidade. Trata-se, portanto, de ação com caráter eminentemente repressivo.

São notórias, sob esse aspecto, as suas semelhanças com a ação penal, semelhanças que se acentuam pela circunstância de que várias das sanções aplicáveis aos agentes de improbidade (perda do cargo público, suspensão de direitos políticos, restrição do direito de contratar com a Administração Pública, perda do produto do ato ilícito, multa pecuniária) têm conteúdo e natureza semelhantes aos das sanções penais. A identidade da função repressora aliada à semelhança substancial das penas, submete a ação de improbidade à observância de princípios do direito penal, nomeadamente o da legalidade, o da tipicidade, o da responsabilidade subjetiva, o do *non bis in idem*, o da presunção de inocência e o da individualização da pena. São profundas as consequências que isso acarreta no âmbito dessa peculiar ação civil, a justificar inclusive a formatação de seu procedimento (artigo 17 da Lei nº 8.429/92) por modo semelhante ao que rege o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (artigos 513 a 518 do CPP).

4. Atuais instrumentos para tutela coletiva de direitos individuais

O outro grande domínio do processo coletivo é o da tutela coletiva de direitos subjetivos individuais, quando homogêneos. Consideram-se homogêneos, para esse efeito, os *direitos subjetivos pertencentes a titulares diversos*, mas oriundos da mesma causa fática ou jurídica, o que lhes confere grau de afinidade suficiente para permitir a sua tutela jurisdicional de forma conjunta. Neles é possível identificar elementos comuns (= *núcleo de homogeneidade*) e, em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo uns dos outros (= *margem de heterogeneidade*). O núcleo de homogeneidade dos direitos homogêneos é formado por três elementos das normas jurídicas concretas neles subjacentes: os relacionados com (a) a existência da obrigação, (b) a natureza da prestação devida e (c) o sujeito passivo (ou aos sujeitos passivos) comum. A identidade do sujeito ativo (credor) e a sua específica vinculação com a relação jurídica, inclusive no que diz respeito ao *quantum debeatur*, se for o caso, são elementos pertencentes a um domínio marginal, formado pelas partes diferenciadas e acidentais dos direitos homogêneos, a sua margem de heterogeneidade.

A tutela de direitos individuais homogêneos tem como instrumento básico a ação civil coletiva, disciplinada, fundamentalmente, nos artigos 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor — CDC (Lei nº 8.078/90). Trata-se de procedimento especial com quatro características fundamentais, moldadas pela própria natureza dos direitos tutelados. Primeira, a *repartição da atividade cognitiva em duas fases*: uma, a da ação coletiva propriamente dita, destinada ao juízo de cognição sobre as questões fáticas e jurídicas relacionadas com núcleo de homogeneidade dos direitos tutelados; e outra, a da ação de

cumprimento, desdobrada em uma ou mais ações, promovida em caso de procedência do pedido na ação coletiva, destinada a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= margem de heterogeneidade) e a efetivar os correspondentes atos executórios. É essa repartição da cognição a nota mais importante a distinguir a ação coletiva do litisconsórcio ativo facultativo. Se as atividades fossem aglutinadas, a ação coletiva não seria mais do que uma tradicional e enorme ação ordinária movida em regime litisconsorcial.

A segunda característica da ação coletiva é dupla forma da legitimação ativa. Na primeira fase, ela é necessariamente por substituição processual, sendo promovida por órgão ou entidade autorizado por lei para, em nome próprio, defender em juízo direitos individuais homogêneos. Já na segunda fase (ação de cumprimento), a legitimação se dá, em regra, pelo regime comum da representação.

A terceira característica diz respeito à *natureza da sentença, que é sempre genérica*: limitando-se a demanda ao núcleo de homogeneidade dos direitos individuais, a correspondente sentença de mérito fica também restrita aos mesmos limites. Ela fará juízo apenas sobre o *an debeatur* (= a existência da obrigação do devedor), o *quis debeat* (= a identidade do sujeito passivo da obrigação) e o *quid debeatur* (= a natureza da prestação devida). Os demais elementos indispensáveis para conferir força executiva ao julgado — ou seja; o *cui debeatur* (= quem é o titular do direito) e o *quantum debeatur* (= qual é a prestação a que especificamente faz jus) — são objetos de outra sentença, proferida na ação de cumprimento (segunda fase).

A quarta característica da ação coletiva é a da sua *autonomia em relação à ação individual*, representada pela faculdade atribuída ao titular do direito subjetivo de aderir ou não ao processo coletivo. Compreende-se nessa faculdade: (a) a liberdade de litisconsorciar-se ou não ao substituto processual autor da ação coletiva, (b) a liberdade de promover ou de prosseguir a ação individual simultânea à ação coletiva, e (c) a liberdade de executar ou não, em seu favor, a sentença de procedência resultante da ação coletiva.

As normas processuais e procedimentais que disciplinam a ação civil coletiva em defesa do consumidor (arts. 91 a 100 do CDC da Lei nº 8.078/90) aplicam-se, por analogia, no que couberem, às demais hipóteses de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, nomeadamente às que decorrem de demandas promovidas por entidades associativas, com base na legitimação prevista no art. 5º, XXI, da Constituição. Assim, em qualquer caso: (a) a ação coletiva não inibe nem prejudica a propositura da ação individual com o mesmo objeto, ficando o autor individual vinculado ao resultado da sua própria demanda, ainda que improcedente essa e procedente a coletiva; (b) quanto aos demais titulares individuais, a sentença da ação coletiva fará coisa julgada *erga omnes*, mas somente em caso de procedência do pedido; (c) a sentença genérica de procedência servirá de título

para a propositura da ação individual de cumprimento, pelo regime de representação, consistente de atividade cognitiva de liquidação por artigos, seguida de atividade executória, desenvolvidas pelo procedimento comum do CPC e em conformidade com a natureza da prestação devida.

Outro instrumento de tutela coletiva de direitos individuais é o mandado de segurança coletivo. Ao atribuir a certos órgãos e entidades a legitimação ativa para, em nome próprio, buscar proteção para direitos líquidos e certos pertencentes a terceiros, a Constituição de 1988 operou uma transformação qualitativa do mandado de segurança, conferindo-lhe dupla face: sem retirar-lhe a natureza de ação constitucional sumária, que por isso mesmo deve guardar os contornos essenciais do mandado de segurança original, agregou-lhe a condição de demanda coletiva que, sob pena de comprometer sua própria natureza, não faz juízo particular e individualizado dos direitos subjetivos tutelados e sim um juízo genérico, apenas sobre o núcleo de homogeneidade desses direitos.

Por ser mandado de segurança tem como características (a) a sumariedade do rito e (b) a tipicidade de objeto (proteção a direito líquido e certo ameaçado ou violado por ato abusivo ou ilegal de autoridade). E por ser ação coletiva tem como características (a) a repartição da atividade cognitiva, (b) o regime de substituição processual, (c) a sentença genérica e (d) a liberdade de adesão ou não do titular do direito individual ao processo coletivo. Também a sentença e a coisa julgada assumem perfil amoldado à dupla face da ação: só a sentença de procedência faz coisa julgada material; a sentença tem eficácia *erga omnes*, beneficiando a todos os substituídos processuais, que poderão promover a respectiva efetivação em seu favor pelo regime próprio da ação de cumprimento das sentenças proferidas em ação coletiva; todavia, o interessado que tiver optado por promover ou dar seguimento a ação individual para tutelar seu direito, ficará sujeito à sentença de mérito que nela for proferida, não se beneficiando e nem se prejudicando com o que for decidido no mandado de segurança coletivo.

5. Adaptação do processo às características naturais de cada espécie do direito material

Qualquer que seja modelo processual que se queira adotar, qualquer que seja o nível de reforma que se venha a promover no modelo existente, há de se observar um referencial básico indispensável: o da natureza das coisas. Assim, consideradas as *características naturais e próprias* dos direitos transindividuais e dos direitos individuais homogêneos, substancialmente diferentes uns dos outros, é impossível negar-lhes tratamento processual especial em vários aspectos importantes. Eis alguns exemplos.

Em relação à tutela de direitos transindividuais: (a) por ser direito sem titular determinado, a legitimação ativa será *necessariamente* em regime de substituição processual, *tanto na fase cognitiva quanto na fase executiva*; (b) a execução jamais será em benefício individual. Todavia, em se tratando de tutela de direitos individuais homogêneos: (a) a legitimação ativa é em regime de *substituição processual apenas na fase em que se busca uma sentença genérica*; a fase de cumprimento dessa sentença deve ocorrer, em regra, por regime de representação; (b) a execução se dá em favor do titular do direito individual.

Os direitos transindividuais são perfeitamente tuteláveis em procedimento de cognição completa e integral, que resulta, não em sentença genérica, mas em sentença específica, dirimindo por completo a controvérsia, como ocorre no procedimento comum ordinário. Já os direitos individuais, para serem tutelados coletivamente, devem ser submetidos a procedimento cuja cognição será, em maior ou menor medida, mas necessariamente, *repartida em duas fases* distintas, uma para as questões jurídicas que permitam tratamento uniforme e que trará como resultado uma sentença genérica, outra para as questões particulares de cada titular do direito individual tutelado.

Nos direitos transindividuais, independentemente de quem seja o substituto processual autor, a existência de duas ou mais ações decorrentes de causa única importa litispendência ou continência: o direito tutelado, que é *indivisível*, será o mesmo em todas elas, assim como as mesmas serão as partes da *relação material* (o beneficiado, embora indeterminado e indeterminável, é, em todas as ações, a mesma comunidade de pessoas). Já em se tratando de direitos individuais homogêneos a situação é completamente diferente. A pluralidade de ações, embora com causa comum e até mesmo quando movidas por um único substituto processual, não têm necessariamente o mesmo objeto e nem os mesmos beneficiados, já que o direito tutelado é, por natureza, divisível, comportando individualizações particulares. Isso significa dizer que entre as várias ações coletivas não há necessariamente relação de litispendência ou de continência, mas sim de conexão ou de prevenção. Essas circunstâncias, como se percebe, determinam a necessidade de tratamento diferente no que se refere às regras de competência.

Em relação a direitos transindividuais não se coloca o problema da relação entre processo coletivo e processo individual. Seus objetos são necessariamente distintos. O objeto da ação individual jamais será um direito transindividual. Esse problema somente existe — e é um dos pontos mais delicados do processo coletivo — em se tratando, da tutela de direitos individuais homogêneos. Aqui, a identidade do objeto material acarreta, entre ação coletiva e ação individual, uma relação com uma profusão de vasos comunicantes, o que exige, na formatação do processo coletivo, definições precisas a respeito, entre outros, dos seguintes aspectos: (a) grau de dependência entre uma e outra; (b) vinculação ou não do titular individual à ação coletiva; (c)

efeitos da sentença e da coisa julgada da ação coletiva em relação à ação individual.

No que se refere à espécie de tutela permitida é também indispensável que se atente para a natureza do direito material tutelado. Em relação a direitos transindividuais, não há empecilho algum — muito ao contrário, tudo recomenda — que a ação comporte a mais ampla e variada modalidade de tutela jurisdicional (preventiva, reparatória, cominatória, constitutiva e desconstitutiva, etc.). Já em relação a direitos individuais homogêneos a situação é outra. Aqui, a modalidade de tutela jurisdicional supõe prévia definição de outros pressupostos, entre os quais, por exemplo, o grau de vinculação do titular do direito ao resultado do processo coletivo. Por exemplo, se for mantido o regime atual (que dá ao titular a liberdade de aderir ou não) a tutela jurisdicional cabível na ação coletiva só pode ser de espécie que permita o exercício dessa opção. Ademais, considerando que a tutela se dará necessariamente em processo de cognição parcial, que resulta em sentença genérica sobre os pontos comuns dos direitos homogêneos, a tutela correspondente só pode ser de espécie que permita essa repartição da atividade cognitiva. Tutela constitutiva ou desconstitutiva de direitos individuais homogêneos, por exemplo, não poderia, por sua natureza, ser objeto de processo coletivo.

A questão, ainda polêmica, da eficácia “territorial” da sentença, envolve problema típico de direitos individuais homogêneos, e não de direitos transindividuais. Quanto a esses — que são, por natureza, indivisíveis, só podendo ser satisfeitos ou lesados em sua integralidade — tal problema simplesmente não existe. A diferenciação de tratamento é, aqui também, indispensável.

6. Sugestões para as futuras reformas

Os exemplos apontados denotam a indispensabilidade de tratamento processual diferenciado para cada espécie de direito material tutelado no processo coletivo. Nesse aspecto, as propostas de reforma até agora apresentadas merecem aperfeiçoamento. Embora nelas esteja previsto capítulo próprio para tutela de direitos individuais homogêneos, há; fora do referido capítulo, diversos dispositivos que se referem exclusivamente ao mesmo tema (v.g., os arts. 6º, 7º e 14, do anteprojeto de jan./2006) e outros que a ele dizem respeito mas que estão disciplinados em conjunto com direitos transindividuais (arts. 3º, 4º, 8º, 9º, 10, 11, 12, etc.). A falta de um tratamento claramente diferenciado deixa sérias dúvidas em relação a vários outros dispositivos, cujo conteúdo pode ser aceito em relação a direitos transindividuais, mas não a direitos individuais homogêneos, e vice-versa, o que certamente acarretará problemas na sua aplicação (v.g., arts. 2º, *caput* e § 2º, 5º c/c 20, etc.).

O ideal, em nosso entender, é que haja uma nítida separação de tratamento entre as duas grandes espécies de direitos tuteláveis no

âmbito do chamado processo coletivo, até porque a sofisticação dos instrumentos é muito mais necessária em relação à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos do que em relação a direitos transindividuais. A rigor, considerando as atuais virtualidades do procedimento comum e dos destinados a cumprir obrigações de fazer e não fazer, não é exagero afirmar que, para tutela de direitos transindividuais, muito poucos pontos mereceriam tratamento especial. Ressalvada a peculiar tutela da probidade administrativa (que, por envolver a efetivação de direito sancionador, semelhante ao penal, certamente exige procedimento especial), para os demais direitos transindividuais alguns ajustes pontuais seriam suficientes: a legitimação ativa, o regime da coisa julgada, não muito mais. A experiência brasileira da ação popular evidencia isso com muita clareza. Ela sempre atendeu suficientemente a tutela de direitos transindividuais, inclusive o relacionado com o patrimônio público. E o que havia de novo e de avançado na ação popular, hoje está integralmente incorporado ao procedimento comum ordinário.

Na verdade, a atenção especial que o Código de Processo Coletivo deve dedicar é à tutela de direitos individuais homogêneos, como ocorre, aliás, com a experiência norte-americana da *class action*. Esse é o campo que apresenta singularidades, conforme antes assinalamos sumariamente. É em relação a ele que a prática judiciária enfrenta seus maiores problemas, ainda mais com a proliferação das hipóteses de legitimação ativa para tutela coletiva de direitos individuais patrocinada pela Constituição de 1988.

Não se desconhece que o tratamento diferenciado aqui preconizado encontra algumas barreiras de ordem prática, notadamente aquela imposta pela própria dificuldade, em muitos casos, de definir a natureza do direito material tutelado. Realmente, os conceitos e institutos jurídicos, concebidos, no plano teórico e para fins didáticos, em seu estado puro, nem sempre se amoldam tão harmoniosamente assim à realidade social, que é dinâmica e multiforme. O pragmatismo da vida é mais fecundo em novidades do que a capacidade intuitiva do legislador e do intérprete do direito. As situações jurídicas novas assumem, não raro, configurações insuscetíveis de ser, desde logo, conciliadas ou apropriadas por modelos pré-estabelecidos. Todavia, a existência de situações que fogem dos padrões conceituais rígidos, de modo algum infirma a necessidade de empreender, no plano da instrumentalização processual, as devidas distinções e diferenciações. Quando as peculiaridades do caso concreto não puderem ser subsumidas direta e imediatamente aos gêneros normativos existentes, cumprirá ao aplicador da lei a tarefa de promover a devida adequação, especialmente no plano dos procedimentos, a fim de viabilizar a tutela jurisdicional mais apropriada para o caso. Também no domínio do processo coletivo — que, como no início acentuamos, tem vocação essencialmente instrumental — há de imperar o princípio da adequação das formas. E nas situações em que o direito material,

para ser adequadamente tutelado, exigir meios excepcionais, caberá ao aplicador da norma promover a devida conformação dos instrumentos já existentes, valendo-se, para tal fim, dos recursos hermenêuticos da analogia e dos princípios que o sistema lhe oferece.